

사법권 독립의 헌정사: 민주화 이전까지 정치권력과의 긴장관계를 중심으로*

최 선 ■ 조선대학교**

<국문요약>

사법권 독립은 민주주의 발전과 안정적 지속에 필수적이다. 사법부가 민주주의 발전의 기반이 되기 위해서는 정치권력의 부당한 영향으로부터 독립되어 자율성을 확보해야 한다. 한국의 사법부는 오랜 권위주의 통치로 인해서 사법권 독립이 온전히 보장되지 못하다가, 1987년 민주화를 계기로 비로소 정치적 독립이 보장되기 시작했다. 현재 세계적으로 약 20위권으로 평가되는 한국의 사법권 독립은 한국 헌정사에서 이루어진 부단한 노력과 민주화의 합작품이다. 민주화 이후 사법제도 개혁을 위한 노력이 지속되고 있지만 사법부 고위층과 정치권이 결탁하는 재판거래나 사법부 내부에서 재판에 대한 부당한 압력으로 여전히 한국에서 사법권 독립이 온전히 실현되지 못하고 있는 실정이다. 사법에 대한 국민적 신뢰를 회복하고 사법권 독립 실현을 위한 실질적인 노력이 진행되어야 할 필요가 제기된다. 이러한 맥락에서 본 연구는 한국 헌정사에서 입헌민주주의가 시도되었던 시기에서부터 민주화가 시작된 시기까지 사법권 독립을 위한 사법부와 정치권력의 갈등의 역사를 분석했다. 일제 강점기 해외에서 독립운동을 수행하는 어려운 환경에서 비록 실현가능성이 낮음에도 불구하고 사법권 독립 원리를 헌법조문에 명시하려 했고, 미군정 하에서도 '원조 사법과동'과 같이 군정에 저항했으며, 이승만 정부의 사법부 장악 시도에 대응하여 사법권 독립의 목소리를 높였고, 권위주의 통치 하에서도 소신에 따른 재판을 하고 사법과동을 일으켜 저항했다. 이러한 노력들이 비록 당시에는 사법부의 자율성을 확보하여 사법부 독립을 실현시키는데 성공하지는 못했으나, 1987년 민주화 국면에서 사법권 독립을 제도화 하는 자원이 되었다.

*주제어: 사법권 독립, 사법부 자율성, 헌정사, 사법제도 개혁, 정치권력

* 이 논문은 조선대학교 학술연구비의 지원을 받아 연구되었음(2020년도).

** 조선대학교 정치외교학과 조교수 (E-mail: choisun@chosun.ac.kr)

I. 서 론

사법권 독립은 민주주의의 안정적 지속에 필수적이다. 민주주의 사회에서 사법부는 갈등의 조정자이자 권리의 보호자로 역할함으로써 법치주의를 안정적으로 작동시키고, 이는 민주주의 발전의 기반이 된다. 사법부가 본연의 역할을 제대로 수행하기 위해서는 정치권력의 부당한 영향으로부터 독립되어야 한다. 이러한 이유에서 세계의 여러 국가들은 사법제도를 정비하여 사법부의 독립을 실현시키고자 노력을 해 왔다. 지난 2008년 의원내각제 국가인 영국이 오랜 기간 상원이 담당하던 대법원의 역할을 별도의 기관으로 독립시킨 것은 대표적인 사례라고 할 수 있다.

한국의 사법부는 오랜 권위주의 통치로 인해서 사법권 독립이 온전히 보장되지 못하다가, 1987년 민주화를 계기로 비로소 정치적 독립이 보장되기 시작했다. 민주화 이후 30년이 지난 현재 한국의 사법권 독립은 비교적 높은 수준으로 평가되고 있다. 킨스버그(Tom Ginsburg)가 중심이 되어 운영하는 비교헌법 프로젝트(Comparative Constitutions Project)에 의하면 한국의 사법권 독립은 세계에서 약 20위권으로 평가되고 있다(<https://comparativeconstitutionsproject.org>, 2020/07/23 검색). 이러한 평가는 민주화를 계기로 정치권력이 재판에 개입하는 경향이 현저히 감소함에 따라 사법부의 자율성이 보장되기 시작했다는 것을 의미한다.

그러나 이러한 외부의 평가와는 달리, 양승태 전 대법원장의 재판거래 사건과 같이 정치권력과 사법부 고위층이 결탁하여 재판에 부당한 영향을 미치고자 하는 시도가 나타나기도 했다. 이러한 부당거래가 가능했던 주요한 배경은 사법부 내부에서 재판에 대한 독립이 완전히 보장되지 못하는 구조에 기인한다. 즉 한국에서는 여전히 사법부 내부에서 재판의 독립이 완전히 실현되지 못하고 있다는 것이다. 김영삼 문민정부 이래로 이러한 문제를 해결하기 위한 사법제도 개혁을 위한 노력이 진행되어 왔으나, 그 성과에도 불구하고 여전히 해결해야 할 과제가 남아 있는 것이다.

따라서 한국의 사법권 독립은 ‘이미 완성된 것’이 아니라 ‘완성되는 과정’에 있다고 할 수 있다. 민주화 이후 적어도 정치권력으로부터 사법부의 자율성이 보장받게 되었다는 대내외적인 평가와 신뢰가 무너짐으로써 이에 대한 보완이 필요하게 되었고, 이는 현재 진행되고 있는 사법부 내부에서 재판의 독립을 보장하기 위한 노력과 병행되어야 할 필요성을 제기한다. 이러한 노력은 헌정사적

맥락에서 진행되어야 한다. 민주화 이전까지 한국의 헌정사는 사법권 독립을 헌법과 법률에 명시하기 위한 노력과, 정치권력으로부터 자율성을 확보함으로써 실질적인 사법권 독립을 보장받기 위한 노력의 과정이었기 때문이다.

이러한 맥락에서 본 연구는 한국에서 근대적 헌법이 처음 등장한 일제 강점기에서부터 민주화가 이루어지기 이전까지 한국의 헌정사적 흐름에서 사법권 독립을 위한 노력과 갈등을 분석하고자 한다. 이를 위해서 2장에서는 사법권 독립의 개념과 사법부의 역할 분류에 관한 이론적 검토를 진행한 후, 3장에서는 정부수립 이전 일제 강점기와 미군정기에서 사법권 독립을 제도적으로 설치하기 위한 노력과 사법주권이 보장되지 못하던 시기의 사법권의 자율성 확보를 위한 노력을 살펴보고, 4장에서는 정부수립 이후 1공화국부터 5공화국까지 권위주의 시기에 정치권력의 사법권 침해와 이에 대한 사법부의 저항 과정에서 정치적 자율성 확보를 위한 노력을 살펴본다.

II. 사법권 독립과 사법부의 역할

현대 민주주의에서 사법권 독립은 매우 중요한 요소로서, 한 국가의 민주주의 수준이 어느 정도인지 판단하는 주요 지표로 활용된다(임지봉 2004, 169). 사법권이 독립된다는 것은 사법작용이 이루어지는데 있어서 외부 기관의 부당한 압력이나 영향 없이 자율성이 보장되는 것을 의미한다. 따라서 사법권 독립은 권력분립을 전제로 한다. 권력분립은 국가권력을 하나의 기관이 독점하지 않고 여러 기관에 나누어 분산시키고 국가기관 사이에 견제를 통하여 권력의 균형과 안정을 유지하는 것을 의미한다. 권력분립의 구체적인 형태는 시기와 장소에 따라 다르게 나타나지만 입법부, 행정부, 사법부가 국가권력을 나누어 가지는 3권분립이 일반적이다. 주요 국가기관으로서 입법부, 행정부, 사법부가 각각 입법권, 행정권, 사법권을 나누어 가지고 헌법으로부터 부여받은 권한을 행사하며 다른 기관을 견제함으로써 국가권력의 남용을 방지하도록 하는 것이다. 이 중 사법부가 입법부나 행정부 등의 다른 국가기관으로부터 부당한 영향을 받지 않고 헌법이 보장하는 사법권을 독립하여 행사하는 것이 사법권 독립인 것이다. 따라서 사법권 독립은 권력분립이 실현되어야 비로소 보장이 가능하게 된다.

사법권 독립은 재판에 대한 부당한 영향이나 간섭 없이 법률에 의거하여 재판이 이루어지는 것을 의미한다(Rosenberg 1992, 369). 재판에 대한 외부의 부당

한 영향은 법원에 대한 영향과 법관에 대한 영향으로 구분할 수 있으며, 전자가 부재한 것을 ‘법원의 독립’, 후자가 부재한 것을 ‘법관의 독립’이라고 한다 (Larkins 1996, 609-611; Masterman 2011, 207-209). 법원의 독립은 법원이 입법부나 행정부를 비롯한 다른 국가기관으로부터 부당한 영향 없이 자율성을 확보하는 것을 의미하고, 법관의 독립은 법관이 다른 국가기관이나 소송당사자 등으로부터 부당한 영향 없이 자율성을 갖는 것을 의미한다. 나아가 법관의 독립은 법관의 신분에 대한 독립(인적 독립)과 법관이 집행하는 재판에 대한 독립(물적 독립)으로 구분된다(성낙인 2016, 723-731). 이처럼 사법권 독립은 헌법적 틀 안에서 재판과 법원 및 법관이 자율성을 갖는 것을 의미한다.

사법부가 외부 기관에 대해 가지는 자율성은 정치체제 안에서 사법부의 역할을 결정하는 주요 변수가 된다. 구아르니에리와 페데르졸리(Guarnieri and Pederzoli)는 사법부의 자율성(judicial autonomy)과 창의성(judicial creativity)이라는 두 변수를 활용하여 정치체제 안에서 사법부의 역할이 달라질 수 있음을 주장하며 사법부 역할에 대한 유형화를 시도하였다(Guarnieri and Pederzoli 2002, 68-70). ‘사법부의 자율성’은 사법부가 정치적 기관들로부터 가지는 자율성의 정도를 의미하고, ‘사법부의 창의성’은 사법적 결정이 실체법(substantive law)을 따르는지 여부를 의미한다. 이 두 기준을 교차시키면 <표 1>과 같이 집행인, 대리인, 수호자, 정치인 등 네 가지 모델이 도출된다.

<표 1> 사법부의 역할 분류

| | | 정치적 자율성(political autonomy) | |
|----------------------------------|--------------|-----------------------------|--------------------|
| | | 낮음(low) | 높음(high) |
| 사법적 창의성 (judicial creativity) | 낮음 (low) | 집행인 (executor) | 수호자 (guardian) |
| | 높음 (high) | 대리인 (delegate) | 정치인 (political) |

집행인(executor) 모델은 입법의지의 충실하고 수동적인 집행인으로서, 전통적으로 영향력이 있는 모델이며 ‘법관은 법률의 입’이라는 사과의 근거가 되는 모델이다. 이는 법관의 자율적 개입이 없이 법을 적용하여 사법적 결정이 이루어지는 것을 의미하고, 만약 법이 모호한 경우에는 대중의 의지를 적용하여 결정한다. 대리인(delegate) 모델은 사법부의 결정이 법 형성으로 이어지는 것을 부정하

지 않지만, 사법적 창의성은 정치 영역에 종속된 방식으로 행사되는 경우이다. 즉 입법외지에 충실하면서도 일부 보완 및 보충의 역할을 할 수 있다는 입장이다. 수호자(guardian) 모델은 시민의 권리를 보호하기 위해서 사법부가 대의제 기관의 지배적인 태도에 반대할 수 있고, 반대해야 한다는 입장이다. 이는 주로 사법심사 제도를 도입한 국가에서 나타나는 유형이며, 정치기관이나 다수에 의해 침해되는 개인이나 소수의 권리를 보호해주는 것을 사법부의 주된 임무로 인식한다. 마지막으로, 정치인(political) 모델은 법관이 정치적 영역뿐만 아니라 법률 시스템에서도 상대적으로 독립된 것으로 간주되어 정치적 개입에 대한 능력을 보유한 경우이다. 이 모델에서 법관은 권한 설정을 위해 법조문을 참고하지만 '사법적 결정이 유익한 결과를 가져올 것'이라는 인식에 근거하여 결정을 내리게 된다. 따라서 사법부는 '사회적 이익에 근거한' 규칙을 개발하는 진정한 정책결정자로서 역할하게 된다(Guarnieri and Pederzoli 2002, 71-75).

이러한 사법부의 역할 분류는 한국에서 사법부가 정치적 자율성을 충분히 확보하지 못하던 시기에 정치적 자율성을 확보하기 위한 노력의 과정을 분석하는데 유용한 참고가 될 수 있다. 이하의 장에서는 한국 헌정사에서 사법제도를 설치하고 운영하기 위한 노력과, 사법부가 자율성을 확보하기 위해 정치권력에 대응하여 갈등한 역사를 검토한다.

Ⅲ. 정부수립 이전의 사법제도와 사법권 독립

1. 일제 강점기 식민통치 기구로서의 사법부

한국의 사법권은 1905년 11월 을사조약(乙巳條約) 체결 이후 점차 일본으로 이관되기 시작하여 1909년 완전히 상실되었다. 을사조약 이후 일본은 주한일본 공사관과 영사관을 폐지하고 통감부(統監府)와 이사청(理事廳)을 설치하여 한국 내 통치기구를 개편했다. 일본 정부는 1906년 6월 26일 법률 제56호로 <한국에서의 재판사무에 관한 법률>과 칙령 제164호로 <통감부법무원관제>를 공포했다. 통감부법무원(統監府法務院)은 한국에서의 사법사무를 관장하는 권한을 가진 기관이었다. 법무원에는 법무장관·평정관(評定官)·검찰관·서기를 두고, 5년 이상의 판사, 검사, 제국대학 법과대학 교수, 이사관 또는 부이사관, 변호사 중에서 평정관과 검찰관을 임명했다(문준영 2010, 368-369).

이후 1907년 7월 24일 정미칠조약(丁未七條約)이 체결되고 그 시행각서에 따라 12월에는 <재판소구성법>, <재판소구성법시행법>, <재판소설치법>이 공포되면서 일본에 의한 사법제도 개혁이 본격화되었다. 1909년 7월 10일 이토 히로부미(伊藤博文)가 한국의 사법권을 일본 정부에 완전히 위탁할 것을 요구하였고, 그 결과 7월 12일 이완용(李完用) 총리대신과 소네 아라스케(曾禰荒助) 제2대 한국통감 사이에 <한국의 사법 및 감옥사무를 일본 정부에 위탁하는 건에 관한 각서>가 조인되었다. 이 각서는 모든 한국재판소를 폐지하고 일본재판소를 설치하며 재판사무의 취급에 있어서는 일본 법령의 적용을 원칙으로 하되, 한국인에 대해서는 각서와 법령에 규정이 있는 것을 제외하고는 한국 법규를 적용하기로 하며, 한국에 설치될 일본재판소에는 일정한 자격을 가진 일본인 및 한국인을 재판관에 임명하는 것 등을 내용으로 하는 것이었다. 결국 이 각서에 의하여 대한제국의 모든 사법 및 감옥사무는 일본 정부에 위탁되었으므로 한국에는 일본의 재판소가 신설되게 되었다. 그리고 11월 1일에는 일본칙령 제236호인 <통감부재판소령>에 의해서 일본재판소인 통감부재판소가 개설됨으로써 재판사무는 통감부재판소에 모두 인계되었다(법원행정처 1995, 45-47).

1910년 8월 29일 한일합병조약(韓日合併條約)이 공포되고, 같은 날 칙령 제324호로 <조선에 시행할 법령에 관한 건>을 공포하여 일본은 식민지 지배를 위한 법제적 기초를 마련하였다. 그 내용은 조선에서 법률 제정이 필요한 사항은 내각총리대신을 거쳐 천황의 재가를 얻은 후 조선총독의 명령으로 제정할 수 있는데, 이를 제령(制令)이라 칭한다는 것이다. 또 일본 법률의 전부나 일부를 조선에 시행할 필요가 있는 경우에는 칙령으로써 정하되, 제령은 칙령에 의하여 조선에 시행된 법률과 특히 조선에 시행할 목적으로 제정한 법률 및 칙령에 위배될 수 없다는 것이었다(법원행정처 1995, 76).

이후 1910년 10월 1일 제령 제5호로 <총독부재판소령 중 개정하는 건>을 공포하여 종래의 통감부재판소령을 '조선총독부재판소령'으로 바꾸었고, 통감부재판소는 '조선총독부재판소'로 바꾸어 일제의 식민지 재판기관 역할을 맡게 되었다(법원행정처 1995, 78). 이후 1910년 11월과 1911년 5월 <조선총독부재판소령> 개정, 1912년 3월 18일 제령 제4호로 <조선총독부재판소령중개정>, 제령 제7호로 <조선민사령>, 제11호로 <조선형사령>, 제13호로 <조선태형령> 등을 공포함으로써 재판제도를 정비하기 시작하였다(문준영 2010, 438).

이러한 과정을 거쳐 일제 식민지하에서는 조선총독이 조선에서의 입법권 및 행정권과 함께 사법권도 장악하고 있었으므로 조선총독부재판소는 조선총독부의 산하기관에 불과하였고 따라서 사법권의 독립이 이루어졌다고 할 수 없었다(법

원행정처 1995, 78). 이러한 상황에서 첫째, 조선에서는 헌법의 적용이 배제됨으로써 입헌주의적 법체계가 도입되지 않았고, 둘째, 법률이 오히려 예외적인 경우가 되고, 일본 천황의 칙령이나 변종으로서의 식민지 제령이 법체계의 중심이 되어서 식민지 구성원들의 의사가 입법으로 반영되는 통로가 봉쇄되었으며, 셋째, <경무총감부령>이나 <도경무부령>과 같은 경찰입법이 광범하게 인정되었고, 넷째, 특수 분야에서 식민지의 고유 관습이 인정되는 등 식민지법의 특성이 강하게 나타나게 되었다(법원행정처 1995, 78).

국가의 독립이 보장되지 않은 식민지 체제에서 사법권의 독립은 요원한 것이었다. 일제하의 사법절차나 사법기구라는 것은 결국 식민지인들에게 인권을 보장하기보다는 식민정책을 시행하는 편의적 절차나 기구에 불과한 것이었다(박원순 2003, 64) 일부의 변호사들은 어려운 현실에서도 기소된 독립투사의 무료변론을 자처하기도 하는 등 활발한 활동을 벌이기도 하였으나, 당시의 시대적 과제인 민족의 독립이 보장되지 않은 상황적 제약 하에서 사법권 독립의 필요성을 인식하고 그 실현을 주장하는 것은 불가능에 가까웠다.

2. 대한민국임시정부의 헌법 운용과 사법권 독립

우리 역사에서 근대적 헌법문서가 처음으로 만들어진 것은 대한민국임시정부(大韓民國臨時政府: 이하 임시정부) 시기이다. 1919년 3·1독립운동의 영향으로 형성된 상해 임시정부는 4월에 <대한민국임시헌장>을 발표하였고, 이후 한성정부(漢城政府)와 대한국민의회(大韓國民議會)를 통합하고, 이후 9월에 <대한민국임시헌법>으로 개정하여 공포함으로써 입헌정치가 본격적으로 시작되었다. 이후 1944년까지 4차례의 개헌이 더 이루어졌는데, 1925년의 <대한민국임시헌장>, 1927년의 <대한민국임시약헌>, 1940년의 <대한민국임시약헌>, 1944년의 <대한민국임시헌장> 등이 이에 해당된다.

1919년 4월 공포되어 한국 최초의 근대적 헌법으로 인정되는 <대한민국임시헌장>은 대한민국은 민주공화제임을 밝히고 있으며(제1조), 임시정부가 임시의정원의 결의에 의하여 이를 통치한다고 명시함으로써(제2조) 의회와 행정부 사이의 최소한의 구별을 두고 있다. 또한 생명형이나 신체형을 폐지할 것을 명시하고 있다(제9조). 그러나 전체 10개조의 간략한 내용으로 구성된 <대한민국임시헌장>은 사법권에 관한 구체적 내용이나 사법권 독립에 대해서 언급하지는 않았다.

한국 헌정사에서 3권 분립과 사법권 독립을 최초로 명시한 헌법문서는 통합된 상해임시정부의 <대한민국임시헌법>(1919)이다. <대한민국임시헌법>은 제5조에서 “대한민국의 입법권은 의정원이 행정권은 국무원이 사법권은 법원이 행사한다”고 규정함으로써 3권 분립을 명시하고 있다. 그리고 법원은 법률에 의하여 재판하고(제44조), 사법권 독립과 관련하여 “사법관은 독립하여 재판을 행하고 상급관청의 간섭을 받지 아니한다”(제45조), “사법관은 형벌의 선고 또는 징계처분에 의하지 아니하고는 면직 될 수 없다”고 규정함으로써(제46조), 법관의 재판상의 독립과 신분상의 독립에 관한 근거를 명시하고 있다.¹⁾ 이처럼 <대한민국임시헌법>은 권력분립을 비롯하여 사법권 독립을 분명하게 규정하고 있었으며, 이는 우리 헌정사에서 최초의 일이었다.

독립운동을 수행하는데 있어서 제기되는 현실적인 요구를 수용하여 1925년 개정된 <대한민국임시헌장>은 국무령 중심의 의원내각제적 성격을 갖는 정부형태를 채택하였고, 제4조에 “임시정부는 국무령과 국무원으로 조직한 국무회의의 결정으로 행정과 사법을 통할한다”고 명시함으로써 사법권을 행정권에 통합시켰다. 그 외의 사법권에 대한 규정이나 사법권 독립에 대한 조항은 찾아볼 수 없다. <대한민국임시헌장>에서 기존의 <대한민국임시헌법>(1919)에 존재하던 사법권과 사법권 독립에 관한 조항을 삭제하고 사법권을 행정권에 귀속시키게 되었던 것은, 결국 임시정부가 국외에 존재하고 있었다는 점과 임시정부의 주된 목적이 독립운동을 추진하는 점이라는 현실적 한계 때문이었을 것이다. 실제로 1919년 <대한민국임시헌법>에 법원에 대한 규정을 두었으나, 실제로 사법부는 설치되지 않았으며 사법부 조항은 사문화되었는데, 이는 임시정부가 재판과정을 취해야 할 경우 실질적 사법절차의 길이 막히는 어려운 입장에 놓였기 때문이었다(김영수 2000, 259).

이후 임시정부는 1944년 <대한민국임시헌장>에서 사법권에 관한 조항이 다시 등장하기까지, 1927년과 1940년의 두 차례의 개헌에서는 사법권 조항을 명시하지 않았다. 임시정부는 1927년 제3차 개헌을 진행하여 <대한민국임시약헌>으로 개정하였고, 1940년에는 제4차 개헌을 진행하였는데, 다만 1927년의 <대한민국임시약헌>에서 “법원 및 군법회의의 조직과 직무 권한에 관한 규정은 법률로서 정한다”고 규정하고 있다(제45조). 그러나 이 역시 제3장 임시정부, 즉 헌법의 편제에서 행정부 장에 포함된 것이며, 그밖에 사법권에 관한 다른 조항들은 명시

1) <대한민국임시헌법>에서 재판상의 독립과 신분상의 독립을 규정하는 제45조와 제46조는 각각 당시 중국의 <임시약법(臨時約法)>(1912) 제51조와 <천단헌초(天壇憲草)>(1913) 제89조를 본떠 만든 것이다(신우철 2008, 269).

하지 않고 있다.

태평양전쟁이 발발하고 연합군의 승리가 예상되면서 임시정부는 광복을 준비하기 위하여 독립된 정부수립을 위한 개헌작업에 착수하였다. 1944년 4월 22일 공포된 <대한민국임시헌장>은 이전의 헌법과 비교했을 때 전문과 본문 62개조로 구성되어 전체적으로 체계적이고 방대하다. <대한민국임시헌장>(1944)은 “대한민국의 사법권은 중앙심판원, 지방심판소 및 기타 특종 심판위원회 등의 기관에서 진행된다”고 규정함으로써 권력의 분립과 사법권의 독립을 명시하고(제45조), “심판위원장 및 심판원은 그 심판사의를 독립적으로 시행하되, 어떠한 기관이나 개인의 간섭을 받지 않는다”(제51조) 그리고 “심판위원장 및 심판위원은 형의 선고나 혁명자 징계조례 상의 중대한 처분에 의하지 않으면, 그 임기 내에 면직되지 않는다”라고 규정함으로써(제55조), 법관의 재판상의 독립과 신분상의 독립을 명시하고 있다. 그러나 개정된 <대한민국임시헌장>은 어디까지나 광복을 준비하는 단계에서 장래의 건국을 대비한 것이었다는 점에서 당시 현실에서 사법권의 실질적 작동을 위한 것이라고 평가하기에는 한계가 있다.

이처럼 일제 강점이라는 현실에서 사법주권을 확보하지 못한 임시정부는 사법권을 온전히 보유하고 행사하는 것이 불가능했다. 다만, 상해 프랑스조계에서 당국의 우호적인 묵인으로 인해서 사법적 자율성이 최소한으로 보장도리 수는 있었지만, 그것이 해외에서 활동하는 임시정부에게 사법주권과 사법권 독립을 보장하는 것은 결코 아니었다(신우철 2008, 281). 결국 대한민국임시정부의 임시 의정원 체제는 적어도 의회주의의 외형은 갖출 수 있었으나, 사법권 독립을 위한 최소한의 요건을 마련하기에도 어려운 현실적 한계를 가지고 있었다고 할 수 있다. 따라서 임시정부 시기 사법독립의 문제는 그 중요성이 상대적으로 크지 않았고, 민족의 독립과 국가건설이라는 제일의 목표가 달성되지 않은 상황에서 사법권의 정치적 자율성을 확보하는 것은 요원한 것이었다.

3. 미군정의 재판간섭과 관할권 갈등

사법권 독립의 필요성에 대한 인식이 본격적으로 나타나기 시작한 것은 해방 이후부터였다. 해방은 반세기 가까이 존재해온 식민지적 통치체도를 해체하고 새로운 정치체제를 구축하는 과제를 제기했다. 따라서 여러 정치세력들은 독립 국가 건설을 위하여 다양한 시도를 하였으며, 그들이 구상하는 국가를 건설하기 위한 헌법안들을 만들기 시작하였다.

1945년 8월 15일 해방이 되자마자 9월부터 남한에서는 미군정이 시작되었다. 미군정은 기존의 법무국과 법원 및 검찰조직을 그대로 둔 채 한국인 관리를 충원하는 방식으로 사법기구 재건작업을 진행하였다. 1945년 10월 9일 법무국 관리들을 한국인으로 충원하였고, 이어 법원과 검찰을 한국인으로 재편하는 작업에 착수하였다. 10월 11일 미군정은 면직사령 제14호로 일본인 판사와 검사 전원을 면직시키고, 임명사령 제12호로 김용무(金用茂) 대법원장을 비롯한 39명의 법관과 김찬영(金瓚泳) 대법원 검사장을 비롯한 23명의 검사를 임명하였다(법원행정처 1995, 169-170). 이처럼 해방 직후 미군정은 일제 강점기 법조경력자들을 중심으로 법률가들을 충원했다.

미군정은 종래의 조선총독부재판소를 군정재판소로 개편하였으며, 군정재판소는 한국인재판소와 헌병재판소로 구성되었다. 미군정은 미국태평양육군총사령관의 포고, 군정장관의 명령 또는 법령을 위반한 행위 등에 관한 군정재판은 한국인재판소에서 처리한다는 원칙을 밝혔다. 하지만 미군이나 미군 군속, 외교특권을 보유한 자 등에 대해서는 한국인재판소의 관할 밖이었다. 또한, 연합국이나 추축국 소속 국민이 죄를 범한 경우에는 헌병재판소에서 처리하도록 했다. 그밖에도 재조선 미군의 안전이나 명예에 관련된 사건에 대해서도 헌병재판소가 관할권을 행사한다고 했다. 이러한 이유에서 한인재판소와 헌병재판소 사이의 관할 한계가 항상 문제가 되었다(법원행정처 1995, 173).

이러한 관할문제에 더하여 미군정이 사법운영에 대한 협조와 감독이란 이유를 들어 한국인재판소의 재판사무에 간섭하려 한다는 것이 사법권 독립에 있어서 가장 큰 문제점으로 부각되었다. 실제로 군정청 법무국은 각급 법원의 운영상황과 재판사무의 처리결과 등에 관한 사항까지도 사후 검토 작업을 계속하였다(법원행정처 1995, 185-186). 이처럼 점령통치라는 체제의 속성상 한국인 사법기구는 점령권력에 종속적일 수밖에 없었다. 따라서 법원의 독립성, 사무처리의 자율성, 관할권 범위 등의 측면에서 식민지 시기보다 더 많은 제약이 가해질 수밖에 없었고, 그 반작용으로서 사법권 독립이 강하게 추구될 수 있는 현실적 기반이 존재했다고 할 수 있다(문준영 2010, 611).

한국 법조인들과 군정청 사이에 발생한 한국인재판소의 사법권을 둘러싼 갈등과 대립은 여러 사건을 통해서 표출되었다. 먼저 “원조 사법파동”이라고 할 수 있는 김용무 대법원장 불신임안 의결 사건이다. 1946년 2월 25일 한국인재판소에 근무하는 현직 판사 및 검사 40여명이 김용무 대법원장이 신성한 사법권을 그르친다는 이유로 대법원장 불신임안을 군정청 법무국에 제출하는 사건이 발생했다(법원행정처 1995, 177). 참여 인원에 대한 기록상의 차이는 있으나, 당시 현

식 판·검사의 상당수가 대법원장 불신임안 연명에 참여하였고, 이에 대해 대법원장과 법무부에서 아무런 반응이 없자, 한 달 뒤인 3월 22일 40여명의 판·검사가 다시 모여서 불신임안 관철을 다짐했다는 사실은 사법권 독립과 관련하여 중요한 사건이라고 할 수 있다. 당시 사법부의 엄격한 위계적 조직구조 하에서 신성한 사법권을 그르친다는 이유로 현직 판·검사들이 사법조직의 수장인 대법원장 불신임안을 결의하고 그 관철을 다짐했다는 것은 사건에 참여한 법조인들의 사법권 독립에 대한 인식을 보여주는 것이라고 할 수 있다. 그러나 이들의 뜻대로 불신임안이 관철되지는 못했다. 러치(Archer L. Lerch) 군정장관이 그 해 5월 16일 김용무 대법원장이 제출한 사표를 반려하여 유임시킴으로써 이 사건은 마무리되었던 것이다(법원행정처 1995, 177).

한편 미군정 당국은 점차 한국재판소의 관할을 넓혀갔지만, 한국재판소의 관할권은 상황에 따라 유동적이었다. 한국재판소가 군정 당국이 의도한 대로 움직이지 않을 경우에는 군정 당국이 개입했기 때문이다(문준영 2010, 644). 수사와 재판에 대한 미국인 관리들의 간섭은 종종 마찰이 발생시켰는데, 예를 들어 1946년 4월 광주지검이 군정법령 위반자를 군정의 사전승인 없이 석방시키자, 전남지사인 미군대령이 명령불복종을 이유로 광주지검장을 군정재판에 회부하는 사건이 발생했다. 이에 전남지방법원과 지방검찰청의 판검사가 사직서를 제출하고 군정장관에 진정서를 제출해 항의하는 사건이 발생했다(임갑인 1995, 24-26). 또한 1947년 2월에는 대구지검에서 경상북도 광공국장(擴工局長)의 독직혐의를 수사하던 중 미국인 관리들의 압력으로 피의자를 석방하게 되자, 대구지검과 대구고등심리원 판·검사 전원이 사직서를 내고 사법권 독립을 위해 미국인의 간섭을 절대 반대한다는 요지의 진정서를 이인(李仁) 검찰총장에게 전달하기도 했다(문준영 2010, 645).

사법권을 둘러싸고 군정 당국과 한국 법조인들 간에 가장 날카로운 대립을 보인 것은 대한민청단(大韓民靑團) 사건에서였다. 1947년 7월 3일 서울지방심리원은 상해치사죄로 기소된 대한민청단 단원들 중 일부에게는 징역을, 김두한을 비롯한 6명에게는 벌금 2만원을, 나머지 1명에게는 무죄를 선고했다. 이에 미소 공동위원회 소련 측 수석대표 스티코프(Shtikov, T. E.) 중장이 항의했고, 이에 러치 군정장관은 즉시 서울고등심리원에 항소하도록 지시하였다. 그러나 항소심에서도 결과가 달라지지 않을 것을 예상한 군정청은 그 해 11월 22일 이 사건을 군사재판소로 이송하도록 명령하였다. 그러자 그 달 25일 이 사건을 담당하였던 서울고등심리원의 정윤후, 김우설, 김윤근 등 3 명의 심판관이 군정장관 및 이명섭 서울고등심리원장에게 사표를 제출하였다. 그들은 사표이유서에서 “사법권

운용의 요체는 국가주권 보장에서 자주독립성을 확보 발휘함에 있는 것은 현대 법치국가의 국가이념인 줄 믿는다. 그런데 당면한 사태는 사법권 운용의 기본이념에 상좌(相左)되어 사건처리상 간접 혹은 직접적인 외래세력의 견제로 인하여 사실상 도저히 직장을 수호치 못하게 됨을 자각할 때 국민에 대하여 심대한 죄과를 통탄할 뿐이다"라고 밝히고 있다.

이후 11월 26일에는 대검찰청, 서울고등검찰청 및 서울지방검찰청의 검찰관들도 사법사무에 대한 외부의 간섭을 배제할 것을 상부에 건의하기로 의견을 모은 데 이어, 11월 28일에는 대법원, 서울고등심리원 및 서울지방심리원의 심판관들이 모여 재판에 대한 외세의 간섭을 규탄하는 결의문을 채택하기에 이르렀다. 11월 29일에는 한국민주당이 이번 사태는 사법권 이양 및 민주건국정신에 배치되는 처사라는 취지의 성명을 발표하였고, 11월 30일에는 김찬영 대법관이 성명을 통하여 "11월 26일 안재홍 민정장관이 군정청 제1회의실에서 열린 전국 부장 심판관 회동에서 한 훈시는 명령과 같은 강제성을 띤 것으로 사법권의 독립에 방해가 된다"고 경고하기도 하였다(법원행정처 1995, 186-187). 12월 26일에는 검찰관 일동이 사법수호 등의 건의안을 미군정 사령관 하지(John R. Hodge)에게 제출했고, 이에 가세하여 청년단체와 재야법조인들은 사법권옹호대책협의회를 결성했다(문준영 2010, 647).

이처럼 미군정이라는 구조적 한계는 수사나 재판에 대한 군정의 개입을 허락하였고, 이에 대하여 한국인 법조인들이 사법부의 정치적 중립과 사법권 독립을 주장하며 강하게 반발하는 사건이 반복되었다. 따라서 미군정 시기 사법부의 과제는 미군정으로부터 부당한 압력이나 개입 없이 사건의 재판을 수행하는 사법권의 자율성을 확보하는 것이었고, 이는 사법권 독립에 대한 강한 의지의 발로라고 할 수 있다.

IV. 정부수립 이후의 사법권 독립

1. 이승만 정부와 사법부의 갈등

1948년 7월 17일 <건국헌법>이 공포됨으로써 한국 헌정사에서 최초로 근대적 사법주권이 온전히 확보되었고, 1949년 9월 26일 법원조직법이 공포됨으로써 사법체제의 구체적인 형식을 갖추게 되었다. <건국헌법>은 제76조에 "사법권은 법

관으로써 조직된 법원이 행한다”고 명시함으로써 권력분립에 의한 사법권의 독립을 보장하고, 제77조에 “법관은 헌법과 법률에 의하여 독립하여 심판한다”, 그리고 제80조에 “법관은 탄핵, 형벌 또는 징계처분에 의하지 아니하고는 파면, 징직 또는 감봉되지 아니한다”라고 명시함으로써 법관의 재판에서의 독립과 신분상의 독립을 보장하고 있다. 또한 제82조에 “대법원은 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다”고 규정함으로써 법원의 조직 운영에 대한 자율성을 명시하고 있다.

사법권의 독립이 헌법으로 보장된 상황에서 제1공화국 초대 대법원장으로 임명된 김병로(金炳魯)는 1948년 8월 16일 국회 본회의에서 사법권의 엄정한 독립성을 강조했다.

그렇기 때문에 이 사법기관은 법관에 운영에 관한 사업에 대해서는 반드시 엄정한 독립성을 가져야 되겠습니다. 만일에 다른 방면에 간접이나 직접으로 강제를 받는다면 어떠한 정신이 거기에 첨부된다고 할 것 같으면 아무리 수신을 갖고 나간다고 하더라도 거기에 지장이 없지 않을 것입니다(『국회 속기록』 제1회 제41호 1948/08/16).

이후부터 제1공화국 시기에는 이승만과 김병로로 대표되는 행정부와 사법부의 수장들 간에 사법권 독립을 둘러싼 줄다리기가 계속되었다. 1952년 부산 정치파동 당시 이승만 대통령이 계엄령을 선포하고 대통령 직선제와 국회 양원제를 내용으로 하는 발췌개헌안을 강압적으로 통과시켰다. 이 과정을 보면서 김병로 대법원장은 대법관들에게 “폭군적인 집권자가 법에 의거한 행동인 것처럼 형식을 취해 입법 기관을 강요하거나 국민의 의사에 따른 것처럼 조작하는 수법은 민주 법치 국가에서는 있을 수 없는 일이며 이를 억제할 수 있는 것은 사법부의 독립뿐이다”라고 강조했다(이영근 외 1984, 203-204). 사법부 수장의 이러한 신념은 이후 사법권 독립을 둘러싸고 이승만 대통령과의 갈등을 점차 심화시켰다.

비슷한 시기에 이승만 대통령이 주도하는 개헌에 반대하며 반독재 운동에 앞장서던 서민호(徐珉濤) 의원이 순천을 시찰 후 만찬회동 중 자신을 권총으로 살해하려던 서창선(徐昌善) 대위를 사살한 사건이 있었다. 이에 서의원은 구속기소되었다가 국회의 석방 결의안이 가결되어 석방된 후, 부산 정치파동 당시 재구속되는 등의 우여곡절 끝에, 1953년 10월 20일 부산지방법원 양희경 부장판사로부터 무죄 판결을 받았다. 이에 대하여 이승만 대통령은 몹시 분노하여 “도대체 그런 재판이 어디 있느냐? 현역 장교를 권총으로 쏘아 죽였는데 무죄라니 될 말인가?”라고 따졌으며, 이에 대해 김병로 대법원장은 “판사가 내린 판결은 대

법원장인 나도 이래라 저래라 말할 수 없는 것이다. 무죄 판결이 잘못됐다고 생각하면 절차를 밟아 상소하면 되지 않는가?”라고 응수했다. 당시 부산지방법원 부장판사였던 장준택은 훗날 “가인이 위에서 바람을 막아 주었던 때문인지 당시 법관들은 소신대로 재판했다”고 회고했다고 한다(이영근 외 1984, 205-206).

한편 1954년 11월에는 윤재욱(尹在旭) 국회의원의 횡령 사건과 진헌식(陳憲植) 전 내무부 장관의 국가보안법 위반 사건에 대해 1심과 2심에서 잇달아 무죄가 선고되었다. 이에 대해 11월 25일 이승만 대통령은 “사법관이라는 분들이 법률은 어찌 됐는지 사법권 독립만 내세워 자기네 권리만 생각하고 사법에 대한 직책을 잊어버리는 점은 심히 우려할 문제다. 재판관들의 무제한한 자유권이라는 것은 대단히 위험하므로 앞으로라도 헌법에 의한 조건을 조성해 놓아서 그 범위 안에서 3권을 분립하고 국법을 보호해야 할 것이다”라고 비판하였고, 이에 대하여 김병로 대법원장은 다음날 기자회견을 갖고 “이미 3권분립으로 상호견제가 되어 있다”고 재판의 독립성을 강조하며 이대통령의 견해를 반박하고, 설령 하급심 법관이 부당한 재판을 하는 경우가 있다고 해도 그 시정은 대법원에 와서 할 수밖에 없음을 역설했다(이영근 외 1984, 204-205).

이러한 일련의 사건들을 통해서 이승만 대통령의 사법부에 대한 불만이 높아졌고, 그에 따라 정치권력과 사법부 간의 갈등이 점차 심각해져갔다. 결국 이승만 대통령은 1956년 2월 20일 제22회 정기 국회 개회식에 보낸 치사를 통해 사법부에 대한 불만을 노골적으로 표시하고 판사의 권한을 제한해야 할 필요성을 주장했다(김학준 2001, 418).

삼권분립하중에서 사법부의 형편이 말이아니니 여러 해를 두고 본 결과를 치면 사법부에 재판관되는 사람들은 세계에 없는 권리를 가지고 행세하고 있으니 첫째는 경찰이나 검찰에서 소상히 조사해서 상당한 것을 가지고 재판소에 넘기면 재판소에서는 이것을 막론하고 그냥 백방해서 내놓고 또는 밖에 나가 있게 하며 판결은 범행과 상관이 없는 것을 만들어 놓는 것이 여러번이니 이래가지고는 해결수가 없는 것입니다. 이것은 왜 이렇게 되가는고하니 헌법에 재판관은 맘대로 할 권한이 있고 또 재판관이 잘못된 것이 있더라도 벌을 줄 사람이 없다는 것인데 다행히 대법원장이 그 폐단을 깊이 양해해서 무슨 중대한 문제가 생길적에는 행정부와 협의해서 정부의 위신과 법을 공평히 참고해서 판결을 하는 까닭으로 큰 위험은 없는 것이나 법이 시행되도록 어떤 방면으로든지 재판장에 권한의 한정이 있어야 되겠습니다(『국회 속기록』 제22회 개회식 1956/02/20).

이승만 대통령의 이러한 발언은 국회와 대법원 및 대한변호사협회의 즉각적인 반발을 불러일으켰다. 다음 날 국회에서는 여러 의원들이 3권 분립과 사법권 독립의 침해를 우려했다. 조재천 의원은 “(대통령의) 이 메시지에 포함되어가고 있는 의미는 자기반성을 할 것은 고사하고 사법권의 독립을 말살하려는 것이 아니냐”고 비판하면서 “대법원장이 중대한 문제가 생길 때에는 행정부와 협의해서 재판을 했다고 하는 점은 우리의 사법권의 독립이라 하는 것이 어디로 갔느냐하는 것을 우려하지 아니할 수 없는 중대한 구절”이라고 하였다. 이어 조병옥 의원은 “이 대통령이 집권한 이래 삼권 분립이 아니라 삼권 통일을 해 왔다고 밖에는 볼 수 없는데”라고 하며 우려를 나타냈다(『국회 속기록』 제22회 제1호 1956/02/21). 한편 사법부의 김병로 대법원장은 “사법부가 행정부와 협의해서 법을 운영하는 것을 있을 수 없는 일”이며, 재판장의 권한 제한의 문제는 입법부의 권한에 속하지만 그러한 특수 입법 조치는 도저히 있을 수 없는 일이라고 강조했다(이영근 외 1984, 185-186).

대한변호사협회는 2월 24일 긴급 임시총회를 열고 대통령의 치사가 3권 분립의 원칙을 파괴하고 사법부의 위신을 손상시켰음을 규탄하는 성명서를 발표하였다. 성명서는 “본회는 법적 양심과 평소의 체험 그리고 국정운영에 대한 양식에 비추어 이를 묵과할 수 없”다고 주장하면서, 대법원장의 해명을 요구하고, 법관의 권한을 축소시키기 위한 어떠한 헌법 및 법률의 개정을 반대하며, 사법권 독립의 확립을 위하여 적극 노력할 것을 결의했다(대한변호사협회 1979, 335-336). 또한 미군정과 제1공화국 초기에 대법관을 지낸 양대경 변호사는 「사법의 위신」이라는 글에서 “재판에 관한 한 대통령이나 대법원장이나 기타 어떠한 사람의 제제도 받지 않고 어디까지나 자유심증에 의해서 하는 것이다. 이것이 재판의 생명이다. 사법권의 독립이란 이것을 말하는 것이다. 이 사법권의 독립을 확립하는 것이 민주주의의 절대적 요건이라는 것은 너무나 명백한 상식인 것이다”라고 주장했다(양대경 1956, 45). 즉 사법권 독립이란 재판에서 어떠한 외부의 영향을 받지 않고 자유심증에 의해서 판결하는 것을 의미하는 것인데, 대통령의 메시지는 사법권 독립에 대한 침해의 우려가 있다는 것이다.

이러한 정부와 법원의 갈등은 제2대 대법원장 임명을 둘러싼 힘겨루기로 이어졌다(김학준 2001, 427-436; 법원행정처 1995, 265-268). 1957년 11월 23일 대법관과 고등법원장으로 구성된 법관회의에서 김병로 대법원장 후임으로 김동현 전 대법관을 제2대 대법원장으로 제청하기로 의결하고, 11월 25일 이승만 대통령에게 제청하였다. 그러나 대통령은 대법원장 임명을 거부하고, 1958년 1월 21일 다시 열린 법관회의의 앞으로 이우익(李愚益)을 대법원장으로 제청해주기를 바란다

는 내용의 친서를 보냈다. 그러나 법관회의는 이우익이 자유당 경북도당 위원장 출신으로, 정당에 소속되어 있는 사람을 사법부의 수장으로 모시는 것은 바람직하지 않다는 판단 하에 이를 거부하고, 1958년 1월 28일 조용순(趙容淳) 전 대법관을 대법원장 후보로 제청하기로 결의하고 대통령에 제청했다. 대통령이 답을 하지 않는 상황에서 자유당은 대법원장을 법관회의가 제청하도록 되어 있는 <법원조직법> 제37조를 삭제하는 것을 내용으로 하는 <법원조직법 개정안>을 국회에 제출했다. 이에 대하여 법조계가 반발하여, 대한 변호사 협회와 서울 변호사회의 대의원들 및 집행부 간부들은 2월 24일 연석회의를 열어 그 개정안을 철저히 반대할 것을 만장일치로 결정하고, 정부가 사법권의 독립을 유린하려 한다고 주장하면서 개정안의 폐기를 위해 총궐기 투쟁할 것을 결의했다. 또한 3월 13일 전국 변호사 대회에서 “대법원장 임명에 관한 법관 회의의 제청권을 박탈하는 법원조직법개정법률안은 헌법의 기본인 삼권분립 원칙에 위배되는 것이므로 우리는 사법권의 독립을 확보하기 위하여 이를 극력 반대한다”고 선언했다(대한변호사협회 1979, 343). 이러한 우여곡절 끝에 결국 제4대 민의원 선거 이후인 6월 9일 제2대 대법원장으로 조용순이 임명되었다.

이처럼 정부수립 후 제1공화국 시기는 사법부에 대한 통제를 시도했던 이승만 정부와 사법권 독립을 위해 정부와 대립했던 사법부 사이의 긴장과 갈등이 지속적으로 나타났다. 이러한 대립은 사법권 독립에 대한 필요성을 확산시키는 계기가 되었고, 그 핵심은 외부의 정치권력으로부터 자율성을 확보하는 것이었다.

2. 군사정부의 사법권 침해와 사법부의 저항

사법권 독립을 위한 그간의 노력은 제2공화국 헌법에서 대법원장과 대법관을 선거인단의 선거로 선출한다는 법관선출제가 채택되는 등 그 진전을 보이기도 하였으나(제78조), 1961년 5·16 군사쿠데타로 인하여 결실을 보지 못했다. 쿠데타로 등장한 군사정부는 1961년 6월 5일 <국가재건비상조치법>을 공포하고, 6월 15일 국가재건최고회의가 ‘사법 및 법무정책’을 발표하여 사법 운영을 근본적으로 재검토 할 것을 선언함으로써 점차 사법권을 장악하기 시작하였다(법원행정처 1995, 446-455). 심지어 행정부의 의지에 반하는 판결이 내려지는 경우, 무장 군인들이 법원에 난입하는 등 사법부를 무력으로 억압하려는 시도까지 이루어졌다. 이러한 상황에서도 대통령령이나 국가배상법에 대한 위헌판결을 내리는 등

행정부의 의지에 반하는 판결을 내리는 경우가 일부 있었으며,²⁾ 1971년에는 재판에 대한 부당한 개입에 항의하여 판사들이 성명서를 발표하고 집단 사표를 제출하는 ‘사법파동’이 발생하기도 하였다.

1971년의 사법파동은 권위주의시기 사법부가 부당한 정치적 압력에 집단적으로 대항함으로써 사법권 수호를 위한 노력을 보여주는 대표적인 사건이다. 그 발단은 정부와 사법부 간의 판결을 둘러싼 갈등에서 비롯되었다.³⁾ 1971년 1월 27일 제7대 대통령선거에 출마한 김대중 후보의 집에서 폭발물이 터지는 사건이 발생했다. 2월 10일 김대중 후보의 조카인 15세 김홍준에 대하여 폭발물을 사용한 혐의로 구속영장 신청되었으나, 2월 13일 서울형사지방법원에서 석방을 명했다. 이후 1971년 4월 27일 대통령선거가 실시되어 공화당의 박정희 후보가 당선된 후 신민당 일각에서는 대통령선거를 전면 무효화하고 국회의원 선거를 거부할 것을 주장하였고, ‘민주수호 국민협의회’에서는 대통령선거가 원천적인 부정 선거라고 주장하였다. 5월 17일에는 서울대, 고려대학생 20여명이 신민당 중앙당사에 들어가 국회의원선거 거부를 요구하는 결의문 사무국에 전달하였고, 19일 그 중에서 서울대학생 7명이 구속되었다. 이에 대하여 서울형사지방법원은 6월 29일 신민당사에 들어갔던 서울대학생들에게 무죄 선고했다. 또한 7월 16일 서울형사지방법원은 『다리』 1970년 11월호에 「사회참여를 통한 학생운동」이라는 제목의 논문을 게재한 반공법위반 사건에서 피고인 모두에게 무죄 선고했다.

이러한 일련의 판결에 대한 정부의 보복은 매서웠다. 1971년 7월 28일 서울지방검찰청에서 서울형사지방법원의 판사들과 서기 등에 대해서 뇌물수수 혐의로 구속영장 신청하였다. 구속영장 신청은 기각되었으나 서울형사지방법원의 법관들은 이 사안에 관한 회의를 통하여 37명의 법관이 사표를 제출하였다. 같은 날 서울민사지방법원의 법관 40여 명도 회의를 갖고 검찰의 태도는 사법권의 독립을 위협하는 처사라는 성명서를 발표하였다.

그러나 7월 29일 구속영장 다시 신청되었고, 이에 반발하여 각 지역의 법관들이 사표제출을 결의하였다. 사건이 확대되어 7월 29일에는 국회 본회의에서 사

2) 이에 해당하는 판결은 1967년 11월 2일 징발보상에 관한 대통령령 제1914호 제2조에 대한 위헌 판결, 1967년 12월 26일 서울민사지방법원에서 국가배상법 제9조(1967년 3월 3일 공포)에 대해 위헌 판결, 1968년 1월 23일 서울민사지방법원에서 국가배상법 제3조(1967년 3월 3일 공포)에 대한 위헌 판결, 1968년 5월 30일 서울민사지방법원에서 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 위헌 판결, 6월 11일 같은 법원에서 동 조항 단서에 대한 위헌 판결 등이다(법원행정처 1995, 469-472).

3) 1971년 사법파동에 관한 이하의 내용은 법원행정처(1995) 486-497쪽의 내용을 정리한 것이다.

법부의 독립성을 위협하는 중대한 처사라는 내용의 논의가 진행되었고, 7월 30 일에는 서울민사지방법원의 법관 36명이 사표 제출하면서 ‘사법권수호 건의문’을 발표하여 사법권독립을 위태롭게 하는 7가지 사례를 지적하였다.⁴⁾ 이어 7월 31 일 대한변호사협회도 임시총회를 개최하여 이 사건과 관련한 6개항을 결의하였고, 동일 서울가정법원 법관 4명, 서울민사지방법원 법관 8명, 서울고등법원 법관 13명이 사표를 제출하였다. 8월 2일에는 전주지방법원과 군산지원의 법관 10 명이 사표를 제출하면서 검찰의 사법권침해 사례를 제시하였고, 같은 날 대구고 등법원 법관들이 사법권수호를 위한 5개항의 선언문 채택했으며, 서울고등법원의 법관들도 대법원장에게 보낼 건의문을 발표하는 등 법조계의 반발은 확산되어갔다.

민복기(閔復基) 대법원장의 상황 수습 노력에도 불구하고 법관들의 사표 제출과 결의문 작성이 계속되는 상황에서, 대법원장은 1971년 8월 27일 법관들과의 회의에서 사표 철회를 호소하였고, 이후 법관들의 사표철회가 결의되면서 사법 파동은 진정국면으로 접어들었다. 상황의 진정과 함께 법원의 제도개선에 관한 논의가 진행되어 1971년 8월 31일 <법원공무원 국내여비 규칙>이 개정되었고, 9월 7일 <예산회계법>과 <법원조직법 개정안>을 마련하였다. 그러나 이 개정안들은 입법화되지 못하고 1972년 10월 17일 유신이 시작됨으로써 사법권 독립을 위한 많은 사람들의 노력은 물거품이 되고 말았다.

사법파동에 대한 뒤처리에서 박정희는 사법부에 대해서 가혹했으나 검찰에 대해서는 관대했다. 이범렬 부장판사는 파동이 마무리된 후 사표를 제출하여 수리되었고, 파동 당시 사법권 수호운동의 주역을 맡았던 송명관 원장은 대전지방

4) ‘사법수호 건의문’에 포함된 사법권 독립을 위태롭게 하는 7가지 사례는 다음과 같다.

① 반공법이나 국가보안법 위반 사건에 관하여 검찰과 견해를 달리 할 때 담당 법관을 용공분자로 취급하여 공공연한 압력을 가하고 신원조사를 하는 등 심리적 압력작용을 조성한 사례, ② 행정부에서 관심을 가지고 있는 사건에 관하여 담당 법관에게 검사 자신의 명맥이 걸려 있다는 말까지 하며 재판결과에 영향을 미치는 처사를 하고 있는 사례, ③ 일반 형사사건에 관하여 구속영장 신청이 기각되거나 무죄 또는 집행유예 판결이 났을 때 법관이 부정한 재판을 한 것처럼 공공연한 비난을 가하고 그 책임을 법관에게 전가하는 사례, ④ 사건담당 법관에 대한 미행, 함정수사, 가정조사, 예금통장 조사 등으로 은밀히 재판부에 압력을 가하고 있는 사례, ⑤ 구속영장을 법원창구에 접수시키지 않고 검사가 직접 판사실로 가져와 발부를 강청하는 등 영장발부에 부당한 작용을 가하려는 사례, ⑥ 법원내부 사건에 관하여 진상을 조사하기도 전에 무고한 법관을 피의자로 취급하여 모욕, 협박, 폭언을 서슴지 않는 사례, ⑦ 이번 사태에 관하여 서도 미행, 함정수사, 피의사실 공표, 영장의 계속 청구 등 중전에 취해 온 사법권 내지 법관의 재판권 행사에 대한 위협적 작용이 거듭 노정되고 있는 사례(법원행정처 1995, 492-493).

법원장으로 좌천되었다가 사표를 냈으며, 소장 출신의 강경파로 사법권 독립과 검찰측의 인책요구에 앞장섰던 홍성우, 김공식 두 판사도 사표를 제출하였고, 다른 법관들도 1973년의 법관재임명 직전에 대거 사표를 내거나 재임명에서 탈락하였다. 반면에 검찰관계자들은 한때 지방으로 전출되기도 했으나 1년이 못되어 다시 서울로 불려와 요직에 앉았다. 최대현 부장검사는 서울고검으로 좌천되었다가 청와대 사정보좌관실로 발령되었고, 이규명 검사는 천안으로 좌천되었다가 역시 청와대로 발령되었으며, 김종건 검사는 전주지검으로 나갔다가 다시 서울지검으로 돌아왔고, 김용제 서울지검 검사장은 곧바로 대검 검사로 임명되었다(이헌환 1997, 138-139).

사법권 독립을 위한 대대적인 저항이 실패로 돌아가면서 한국 헌정사에서 '사법의 암흑기가 본격화 되었다. 제4공화국에서의 사법부는 헌법적 지위가 격하되고 권한이 대폭 축소되었다. 법관추천회의가 폐지되고 대통령이 대법원장과 대법원판사를 포함한 모든 법관의 임명권을 가지며, 위헌법률심사권도 삭제되어 헌법위원회가 이를 행사하고, 인권보장의 측면에서 형사절차상의 후퇴를 가져왔다. 게다가 1974년 긴급조치가 선포되면서 대통령의 긴급조치는 사법심사의 대상에서 제외되고, 긴급조치의 위반자를 법관의 영장 없이 체포 및 구금할 수 있으며, 법원이 아닌 비상군법회의에서 재판하도록 하는 등 법원의 기존 권한은 크게 제약되었다(법원행정처 1995, 683-684). 유신헌법은 5·16 이후 시작된 다양한 사법권에 대한 제약을 제도적으로 집대성하고 정당화시킨 것이었고, 유신체제하의 사법부는 제도상으로는 사법권 독립이나 법률과 양심에 의한 재판이 사실상 불가능하고 또 용납될 수 없었으며, 제도뿐만 아니라 사법의 현실에서도 군사정부는 사법지배의 의도를 노골적으로 드러냈다. 법관재임명제도를 통해 대통령은 마음에 들지 않는 법관을 얼마든지 탈락시킬 수 있었다. 실제 1973년 3월의 법관재임명에서 모두 48명의 법관이 무더기로 탈락되었는데, 이들은 대부분 정부의 의도에 반대되는 판결을 내렸던 사람들이었다(이상우 1987, 291-294).

이러한 상황에서 1973년 1월 1일 신년사에서 민복기 대법원장은 3권 분립 원리 상 사법권이 약화된 것은 국가비상시의 시대적 요청이며, 따라서 사법권의 존재양식을 유신헌법에 맞추어야 한다는 내용의 발언을 하였고, 3월 14일 제6대 대법원장 취임사에서는 지난날의 경험을 거울삼고 유신헌법을 본받아 올바른 사법운영을 위하여 시의에 적합한 사법쇄신을 시도할 것이라고 하였다(법원행정처 1995, 688-690). 결국 사법부 수장인 대법원장이 권위주의 정부를 인정하고 사법권의 권한 약화를 불가피한 것으로 합리화하며 수용하고 말았던 것이다. 이러한 상황에서 법원은 권위주의 정부의 권력유지를 위한 수단으로 이용되었으며, 일

부의 소극적 저항이 있었지만 대세를 거스를 수는 없었다.

군사정부의 사법권 장악은 제5공화국의 전두환 정부에서도 기초의 큰 변화 없이 이어졌다. 결국 군사정부가 들어선 이후 권위주의 통치가 점차 심해지는 상황에 비례하여 사법권에 대한 침해의 정도는 강화되었고, 그러한 상황에서 사법권 독립을 위한 움직임들은 실패로 돌아가고 사법부는 권위주의 정권의 권력 유지 수단으로 전락하고 말았다. 따라서 권위주의 시기 사법부 제일의 목표는 사법권의 독립을 확보하는 것이 될 수밖에 없었고, 그 내용은 권위주의 정부로부터 자율성을 확보하는 것이었다고 할 수 있다.

V. 결 론

지금까지 살펴본 바와 같이, 1987년 민주화 이전까지 한국의 사법부는 정치권력의 영향과 간섭으로부터 자유롭지 못했다. 정부수립 이전의 일제 강점기와 미군정기에는 국가의 독립이 보장되지 못한 상황이므로 사법권의 독립을 기대하기 어려웠고, 정부수립 이후 이승만 정부와 군사정부 하에서도 사법권의 자율성을 확보하기 어려웠다. 이승만정부에서 상대적으로 사법권 독립이 지켜졌다는 평가를 받기도 하지만, 정치권력이 사법부를 힘으로 누르려는 시도가 지속되었고, 군사정부 시기의 사법부는 권력유지의 수단으로 전락하여 사법권 독립은 요원하게 되었다.

이처럼 한국에서 입헌민주주의가 시도된 이래 민주화 시기까지는 사법권의 독립이 온전히 보장되지 못한 채, 사법권의 자율성 확보를 위한 역사가 지속되었다. 해외에서 독립운동을 수행하는 어려운 환경에서 비록 실현가능성이 낮음에도 불구하고 사법권 독립 원리를 헌법조문에 명시하려 했고, 미군정 하에서도 '원조 사법과동'과 같이 군정에 저항했으며, 이승만 정부의 사법부 장악 시도에 대응하여 사법권 독립의 목소리를 높였고, 권위주의 통치 하에서도 소신에 따른 재판을 하고 사법과동을 일으켜 저항했다. 이러한 노력들이 비록 당시에는 사법부의 자율성을 확보하여 사법부 독립을 실현시키는데 성공하지는 못했으나, 1987년 민주화 국면에서 사법권 독립을 제도화 하는 자원이 되었다. 이를 계기로 사법권은 정치권력으로부터의 자율성을 확보할 수 있었다.

민주주의는 권한이 분산된 권력기관 사이에 견제와 균형을 통해 권한남용을 방지함으로써 안정적인 지속을 도모하게 된다. 입법, 행정, 사법의 세 권력은 어

는 한쪽의 일방적인 독주가 아니라 적절히 균형을 이루어야 하지만, 1987년 민주화가 실현되기 이전까지 한국의 사법부는 권력분립에 걸맞은 자율적 권한을 보장받지 못했던 것이 사실이었다. 그러한 상황에서 사법부의 최대 과제는 정치권력으로부터 자율성을 확보하는 것이었다. 구아르니에리와 페테르졸리의 분류를 한국의 헌정사에 적용하면 민주화 이전까지 한국의 사법부는 정치적 자율성이 낮은 '집행인'의 역할에 머물러 있었다고 할 수 있다. 정치권력의 입법·지휘를 충실하게 집행하는 수동적인 '법률의 입'으로서 존재했던 것이다. 물론 사법부가 항상 수동적이었던 것은 아니다. 정치권력에 대항해서 사법의 자율성을 확보함으로써 '수호자'로 역할하기 위한 노력이 간헐적으로 진행되었다. 다만, 그러한 시도와 노력이 정치권력의 강력한 힘에 부딪쳐 무산되곤 했던 것이다. 1987년 민주화를 기점으로 비로소 한국의 사법부는 정치권력으로부터 자율성을 보장받게 되었고, '수호자'로서의 역할을 시작하게 되었다.

물론, 사법권 독립은 그 자체가 목적은 아니다. 권력의 분립이 민주주의의 안정과 지속을 위한 수단인 것과 마찬가지로, 사법권 독립도 사법부 본연의 역할을 수행하기 위한 조건이다. 따라서 한국 민주주의의 안정적 발전의 맥락에서 사법권의 자율성 보장이 검토되어야 한다. 특히 민주화 이후 사법권 독립이 높은 수준에서 실현되고 있다는 평가와 재판거래 현상이 동시에 나타나고 있는 현재의 상황에서, 그리고 사법부 내부적으로 재판독립을 위한 제도적 안전장치 마련의 요구가 지속되는 현재의 단계에서는 더욱 그렇다고 할 수 있다. 민주화 이후 진행되고 있는 사법제도 개혁을 성공적으로 마무리하고 사법부에 대한 국민적 신뢰를 확보하기 위해서 사법권 독립 실현을 위한 헌정사적 노력을 의미 있게 참고할 필요가 있다.

참고문헌

국문 자료

- 김영수. 2000. 『한국헌법사』. 서울: 학문사.
- 김학준. 2001. 『가인 김병로 평전: 민족주의적 법률가, 정치가의 생애』. 서울: 민음사.
- 대한변호사협회. 1979. 『한국변호사사』. 서울: 신흥인쇄주식회사.
- 문준영. 2010. 『법원과 검찰의 탄생: 사법의 역사로 읽는 대한민국』. 서울: 역사비평사.
- 문홍수. 2004. 『사법권의 독립: 진정한 사법개혁을 꿈꾸며』. 서울: 박영사.
- 박원순. 2003. 『역사가 이들을 무죄로 하리라: 한국인권변론사』. 서울: 두레.
- 법원행정처. 1995. 『법원사』. 서울: 법원행정처.
- 서유희. 2008. “미군정 사법제도의 구성.” 『안암법학』 26, 407-447.
- 성낙인. 2016. 『헌법학』(제16판). 과주: 법문사.
- 신우철. 2008. “근대 사법제도 성립사 비교연구: 한국에 있어서 ‘사법독립’ 원리의 태동·수용과 전개.” 『서울대학교 법학』 49(2), 256-285.
- 양대경. 1956. “사법의 위신.” 『법정』 11(84). 서울: 법문사.
- 이상우. 1987. 『박정권 18년, 그 권력의 내막』. 서울: 동아일보사.
- 이승우. 2007. “건국헌법 이전의 한국헌정사.” 『헌법학연구』 13(2), 153-198.
- 이영근·김충식·황호택. 1984. 『법에 사는 사람들』. 서울: 삼민사.
- 이현환. 1997. “한국 사법사에 비추어본 1971년의 사법과동.” 『법과 사회』 15, 127-140.
- 이현희. 2002. 『대한민국임시정부사』. 과주: 한국학술정보.
- 임갑인. 1995. “미군정하의 사법과동(좌익음해사건).” 『검찰동우』 창간호, 24-29.
- 임지봉. 2004. 『사법적극주의와 사법권 독립』. 서울: 철학과현실사.
- 조상희. 2014. “사법행정가로서의 초대 대법원장 김병로.” 『일감법학』 27, 545-598.
- 조지형. 2010. 『사법부의 독립과 권력분립』. 서울: 미래한국재단.
- 진영재·최신. 2009. “한국적 권력구조의 기원적 형태: 대한민국임시정부(1919-1945)의 헌법 개정과 권력구조 변천사 분석.” 『한국정치학회보』 43(2), 25-50.
- 최종고. 2007. 『한국의 법률가』. 서울: 서울대학교출판부.
- 한인섭. 2019. “제1공화국에서 사법과 정치: 김병로 대법원장의 역할을 중심으로”

- 로.” 『강원법학』 58, 433-476.
- 한인섭. 2015. “제1공화국에서 대법원장 임명을 둘러싼 갈등과 그 함의.” 『법과 사회』 48, 85-125.
- 허 영. 2010. 『한국헌법론』(전정6판). 서울: 박영사.

영문 자료

- Burbank, Stephen B. and Barry Friedman. 2002. *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- Cross, Frank. 2008. “Judicial Independence.” in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, edited by Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, and Gregory A. Caldeira, 557-575. Oxford; New York: Oxford University Press.
- Fiss, Owen M. 1993. “The Right Degree of Independence.” in *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, edited by Irwin P. Stotzky, 55-72. Boulder: Westview Press.
- Geyh, Charles Gardner. 2008. “The Endless Judicial Selection Debate and Why it Matters for Judicial Independence.” *Geo J. Legal Ethics* 21, 1259-1281.
- Guarnieri, Carlo and Patrizia Pederzoli. 2002. *The Power Of Judges: A Comparative Study Of Courts And Democracy*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- Larkins, Christopher M. 1996. “Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis.” *The American Journal of Comparative Law* 44(4), 605-626.
- Masterman, Roger. 2011. *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press.
- Neudorf, Lorne. 2017. *The Dynamics of Judicial Independence: A Comparative Study of Courts in Malaysia and Pakistan*. Cham, Switzerland: Springer.
- Rosenberg, Gerald N. 1992. “Judicial Independence and the Reality of Political Power.” *The Review of Politics* 54(3), 369-398.

- Rosenn, Keith S. 1987. "The Protection of Judicial Independence in Latin America." *U. Miami Inter-Am L. Rev* 19(1), 1-35.
- Russell, Peter H. 2001. "Toward a General Theory of Judicial Independence." in *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World*, edited by Peter H. Russell and David M. O'Brien, 1-24. Charlottesville: The University Press of Virginia.
- Shetreet, Shimon. 1985. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges." in *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, edited by Shimon Shetreet and Jules Deschênes, 590-681. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Vanberg, Georg. 2008. "Establishing and Maintaining Judicial Independence." in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, edited by Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira, 99-118. Oxford; New York: Oxford University Press.

Abstract

The History of Constitutional Politics for Judicial Independence

Sun Choi ■ Chosun University

Judicial independence is essential to a stable sustenance of democracy. Judicial independence was not guaranteed due to long authoritarian rule, but it began to be assured with democratization in 1987 of Korea. Judicial independence of Korea, which is ranked in the top 20 in the world, is a joint product of the efforts during the history of constitutional politics and democratization. In this context, this study analyzes the efforts for judicial independence in the flow of constitutional history in Korea. In the difficult environment of carrying out the independence movement abroad, although it is unlikely to be feasible, the principle of judicial independence was attempted to be clarified in the constitutions. Under the U.S. military government, they resisted the military government in the same way as the “original judicial wave,” and in response to the Syngman Rhee administration’s attempts to seize the judiciary, the voice of judicial independence was raised, and even under authoritarian rule, they tried to comply with their beliefs and resisted by causing judicial waves. Although these efforts did not succeed in realizing the independence of the judiciary by securing the autonomy of the judiciary at that time, they became a resource for institutionalizing judicial independence in the phase of democratization in 1987. With this opportunity, the judiciary was able to secure autonomy from political power.

Key Words: judicial independence, judicial autonomy, constitutional politics, history of constitutional politics, judicial reform, political power

□ 논문접수일: 2020년 10월 28일, 심사완료일: 2020년 12월 4일, 게재확정일: 2020년 12월 5일

